رسالة في إقامة القاضي التعزير على المفسد بلا دعوى أحد

تأليف

العلامة / زين الدين بن إبراهيم المشهور

بابن نجيم (رحمه الله)

دراسة وتحقيق ومقارنة

الدكتور / ناصر بن محمد الجوفان

الأستاذ المشارك بقسم السياسة الشرعية

المعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على نبينا ــ محمد وآله وصحبه وبعد

فإنه لا يخفى أهمية التراث السياسي ، حيث يمثل مرجعا مهما لحكام المسلمين ، وقضائهم في هذه العصور المتأخرة ، كما يعتبر تأصيلا لبعض الأنظمة السياسية والقضائية المعاصرة ، ولكن مع هذه الأهمية البالغة ، فإن هذا التراث لم ينقل حقه من العناية ، وذلك بالتحقيق والدراسة والنشر .

ونظرا لقناعتي التامة ، بأهمية هذا التراث ، والفائدة العظيمة المترتبة على تحقيقه ونشره ، أحببت أن أشارك بجهد يسير ، في هذا المجال ، فوقع الاختيار على تحقيق مخطوطة صغيرة ، تتناسب مع الوقت المتاح ، وهذه المخطوطة ، رسالة للعلامة زين الدين بن إبراهيم المشهور بابن نجيم ، وعنوانها (رسالة في إقامة القاضي التعزير على المفسد بلا دعوى أحد) .

هذا وقد رأيت تقسيم تحقيق هذه المخطوطة إلى قسمين :

القسم الأول : **الدراسة**

وهذا القسم يتفرع إلى خمسة فروع :

الفرع الأول : ترجمة المؤلف

الفرع الثاني: وصف المخطوطة ، ونسبتها للمؤلف

الفرع الثالث : منهج المؤلف

الفرع الرابع : منهج التحقيق

الفرع الخامس : مقارنة موضوع المخطوطة مع الأنظمة الإجرائية الجزائية المعاصرة ، ومن ضمنها نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

القسم الثاني : إخراج نص المخطوطة.

هذا ولا يفوتني أن أشكر الشيخ / عبد الرحمن بن دخيل العصيمي، على ما قدمه لي من معونة كبيرة ، ولا سيما ما يتعلق بنسخ المخطوطـة، ونسبتها لمؤلفها ، وهو معروف بعنايته بالمخطوطات خاصة ما يتعلق منها بالتراث السياسي الشرعي .

أسأل الله أن يجزل له الأجر والثواب ، وأن يوفقه لكل خير ...

القسم الأول

الدراســـة

الفرع الأول

ترجمة المؤلف

أولا : نسبه :

زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد ، المشهور ــ (ابن نجيم) وهو اسم لبعض أجداده .

كان إماما ، عالما ، عاملا ، مؤلفا مصنفا ، ماله في زمنه نظير ، واشتغل ، ودأب ، وحصل ، وجمع ، وتفرد ، وتفنن ، وأفتى ، ودرس

ثانيا : مولده ووفـــاته

ولد في سنة ست وعشرين وتسعمائة ، وتوفى في سنة سبعين وتسعمائة ، نهار الأربعاء ، سابع رجب الفرد .

ثالثا : مصـــنفاته :

له من التصانيف : " البحر الرائق ــ بشرح كنز الدقائق " وهو أكبر مؤلفاته ، وأكثرها نفعا ، توفى قبل أن يكمله ، وقد وصل فيه إلـــى أثنـــاء الدعاوي والبينات ، وله كذلك " شرح المنار " في أصـــول الفقـــه ، ولـــه " الأشباه والنظائر " في القواعد الفقهية ، واختصر " تحرير الإمام ابن الهمام" في القواعد الفقهية ، واختصر " تحرير الإمام ابن الهمام " في أصول الفقه ، وسماه " لب الأصول " .

وله رسائل كثيرة ، في فنون عديدة تسمى " الرسائل الزينية " تزيد على أربعين رسالة ، ورسالتنا التي نحن بصدد تحقيقها من ضمنها ، وله تعاليق على هوامش الكتب وحواشيها ، وكتابته على أسئلة المستفيدين ، والأوراق التي سودها بالفوائد والأبحاث الرائقة في أكثر الفنون ، مات قبل أن يجمعها ويحررها ويخرجها إلى الوجود[1] .

الفرع الثاني

وصف المخطوطة وصحة نسبتها للمؤلف

أولا : وصف المخطوطة :

وقفت على نسختين للمخطوطة

أ ــ النسخة الأول :

وتوجد ضمن عدد من الرسائل الخطية في فنون مختلفة ، برقم (٦٧ ــ ٨٠) في مكتبة عارف حكمت ، في مكتبة الملك عبد العزيز بالمدينة المنورة ، وهي مكونة من ستة ألواح (١١) صفحة ، ولم يذكر عليها اسم الناسخ ، ولا تاريخ النسخ ، وقد اعتمدت هذه النسخة فجعلتها أصلا للآتي :

١ ــ لأنها بخط واضح في الجملة

٢ ــ أن فيها بعض الزيادة اليسيرة في بعض الجمل عن النسخة الثانية

ب ــ النسخة الثانية :

(١) أنظر : فيما ذكر عن ترجمته : التعليقات السنة : ص١٣٤ ، ١٣٥ ، مقدمة رد المحتار : ١ / ٩١ ، الأعلام : ٣ / ٦٣ ٩

وتوجد في معهد الثقافة والدراسات الشرقية ، في جامعة طوكيو ، اليابان برقم (١١٧٢٠) وتقع في (١٠) صفحات . ولا يوجد عليها أيضا التاريخ ، ولا تاريخ النسخ ، هذا وقد رمزت لهذه النسخة ب (ط) .

ثانيا : صحة نسبة المخطوطة للمؤلف :

مما يؤكد صحة نسبة هذه المخطوطة للمؤلف (ابن نجيم) رحمه الله تعالى ، ما يأتي :

١ ــ أن من ترجم للمؤلف ، وأورد مصنفاته ذكر منها (الرسائل الزينية الحنفية) وهي مجموعة من الرسائل القصيرة والمتوسطة ، ومنها هذه الرسالة محل الدراسة والتحقيق[١] .

٢ ــ وردت الرسائل في مجموعة واحدة برقم (٦٧ / ٨٠) في مكتبة عارف حكمت في مكتبة الملك عبد العزيز العامة بالمدينة المنورة ، ومنها الرسالة الثالثة عشرة ، وهي رسالتنا .

٣ ــ نسب هذه الرسائل بشكل عام لمؤلفها صاحب الدر المختار (ابن عابدين) في المقدمة[٢] ، كما أحال على بعض رسائلها ، صاحب كشف الظنون[٣] .

٤ ــ أن ابن المؤلف (أحمد) رحمهما الله تعالى ــ قام بجمع هذه الرسائل ، وقال في بداية مجموع تلك الرسائل .

(إن والدي قد ألف رسائل ووقائع وحوادث في فقه الحنفية من ابتداء أمره إلى أن قضى الله أمره ، فأردت أن أجمعها في بعض كراريس

(١) انظر : هدية العارفين : ١ / ٤٢٢ ، ومعجم المطبوعات ١ / ٢٦٥ .
(٢) ١ / ٢٠
(٣) ٨٤٧/١ ، ١ / ٩١٠ .

على ترتيب الكتب ليسهل الكشف عنها...) ثم قام بتعداد هذه الرسائل واحدة تلو الأخرى ، ومنها رسالتنا محل الدراسة والتحقيق .

تجدر الإشارة إلى أن رسائل ابن نجيم ــ رحمه الله تعالى ــ قد طبعت طباعة تجارية من دون تحقيق علمي ، إذ قد طبعتها دار الكتب العلمية في بيروت ، ولكن هذا لا يكدر على تحقيقي لرسالة من هذه الرسائل ، لأن ما قمت به فيه إضافة علمية تتمثل في الآتي :

١ ــ كما سبق آنفا ، فإن طباعة رسائل ابن نجيم هي طباعة تجارية من دون تحقيق ، لأن من بدهيات التحقيق المقارنة بين نسخ المخطوطة لتلافي السقط ، وتصحيح التحريف والتصحيف الذي غالبا لا تنفك عن المخطوطات ،وهذا ما افتقر إليه الكتاب المذكور .

في حين أن ما قمت به هو المقارنة الدقيقة بين نسختين من نسخ المخطوطة إحداهما اعتمدتها أصلا لأسباب ذكرتها ، والأخرى رمزت لها ب/ط .

وقد نتج عن هذه المقارنة تصحيح أخطاء كثيرة وقعت في المخطوطة ، واستدرك بعض السقط الذي حصل فيها أيضا .

٢ ــ أن المخطوطة مليئة بالنقولات من كتب الحنفية وقد قمت بالتوثيق فليها (بلغت أربعين موضعا) بينما نجد الكتاب المطبوع لم يعزو إلا إلى مواضع محددة جدا (ستة مواقع فقط) إضافة إلى أنني عرفت بعض الكتب النادرة ، ومؤلفيها التي ذكرها المؤلف .

٣ ــ أنني قمت بتخرج الأحاديث الواردة في المخطوطة ، والحكم عليها ، وهذا غير متوافر في الكتاب المطبوع البتة .

٥ ـ قمت بمقارنة موضوع المخطوطة بأنظمة الإجراءات الجزائية المعاصرة ومن ضمنها نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

الفرع الثالث

منهج المؤلف

لم يذكر المؤلف ـ رحمه الله تعالى ـ منهجا معينا له في هذه الرسالة ، ولكن يمكن معرفة المعالم الرئيسة لمنهجه في هذه الرسالة من حلال القراءة الفاحصة لها ، وعليه نوجز منهجه في الآتي :

١ ـ يورد كثيرا من النقولات من كتب الحنفية ، وهذه سمة ظاهرة ، وجلية في الرسالة ، ولا شك أن ذلك يدل على سعة إطلاعه .

٢- يعقب على ما يورده ، وغالبا يكون في تقرير الاستدلال به ، ولكثرة ذلك ، فإني أرى عدم الحاجة لضرب الأمثلة عليه . بيد أنه يؤخذ عليه أنه نقل قولاً شاذاً ولم يعقب عليه ، حيث قال :" ويروى أن الفقيه أباً بكر البلخي ـ رحمه الله ـ خرج إلى الرستاق يوماً ، وكانت النساء على شاطئ النهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له " كيف فعلت هذا ؟ فقال " لا حرمة لهن ، وإنما أشك في إيمانهن كلهن حربيات " ١ه فهذا قول في غاية الشذوذ حيث جعل هذا الفعل منهن يفضي إلى الشك في إيمانهن ، ويجعلهن حربيات ؟" .

كما أنه أورد قولاً مجملاً ولم يعقب عليه ، وذلك عندما قال : " فإن قالت : جعل لغير الحاكم التعزير ؟

قلت : قال في البزازية : " إن حال ارتكاب الفاحشة يجوز لكل أحد ، وبعد الفراغ لا يقيمه إلا الإمام ، وعلى هذا لو رأى مسلما يزني ، حل له قتله ، وإنما يمتنع ، لأنه لا يصدق " ا.ه ونحن نتعقب ما أورده هنا من وجهين :

أ- ما ذكرته انفاً من كلام نقله لكلام مجمل ولم يتعقبه ، وهو قوله :" وعلى هذا لو رأى مسلماً يزني حل له قتله " ا.ه ، فإنه معلوم أن حد الزاني البكر يختلف عن حد المحصن ، فهل يحل له قتله مطلقاً ، حتى لو كان بكراً ؟!!

ب-أن المؤلف _ رحمه الله _ أورد هذا النقل بخصوص التعزيز ، وما نقله يتعلق بالحدود ، وهذا ظاهر في قوله :" فإن قلت هل لغير الحاكم التعزيز ؟".

٣-يورد أسئله على لسان القارئ ، ويجيب عليها ، وهو أسلوب جيد ، حيث يشد انتباه القارئ ، ويجعله كأنه يشارك المؤلف _ رحمه الله _ فيما يطرحه من مسائل علمية . ومن الأمثلة على ذلك :-

قوله :" فإن قلت : إذا أخبر العدل القاضي أن رجلاً يؤذي المسلمين بشره وفساده وتزويره ، فهل ينفيه من البلد .؟

قلت : قال شيخ الإسلام العيني : أنه ينفي ... الخ" ا.ه

ومن ذلك قوله :" فإن قلت يحتمل أنها ذهبت إليه لقضاء حاجة ، قلت :" لا اعتبار بالاحتمال في باب التغزير لأن القاضي يبني الأمر على الغالب " .

وغيرها كثير جداً .

٤-أنه يرجح في بعض المواضع ، ومن ذلك :" قال في جامع

الفصولين : لا يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى وفاقاً ، وفي عتق الأمة والطلاق بدون دعوى ، قيل ، يحلف وقيل : لا ، فتأمل عندِ الفتوى . انتهى

وقد تأملت فترجح الأول لرجاء النكول ، ولذا قدمه في الذكر " ٥١ .

الفرع الرابع

منهج التحقيق

١- قارنت بين النسختين الأصل ، و(ط) .

٢- أشرت إلى السقط عند وجوده ، وجعلت ذلك بي قوسين (....).

٣- أشرت إلى الخلاف في بعض العبارات والألفاظ .

٤- قمت بإثبات الصواب عند حصول تصحيف ، أو سقط ، مع الإشارة لذلك في الحاشية .

٥- وثقت الأقوال الواردة في الرسالة من مصادر الفقه الحنفي ، وذلك حسب توفره .

٦- أبديت وجهة نظرى في بعض المسائل التي أرى أن المؤلف نقلها ، وفيها غرابة أو شذوذ ولم يتعقبه فيها (وهي مسائل محدودة جداً) .

٧- قمت بوضع علامات الترقيم والفواصل .

الفرع الخامس

مقارنة موضوع المخطوطة ، بالأنظمة الإجرائية الجزائية المعاصرة ، ومن ضمنها نظام الإجراءات الجزائية السعودية .

الموضوع الذي تتناوله هذه المخطوطة ، كما هو ظاهر من عنوانها ، هو تحريك الدعوى الجنائية من قبل القاضي ، ولا شك أن القاضي ، هو أحد عمال الدولة ، بل أ،ه من أهمهم ، ولسنا في حاجه إلى بيان أهميه مرفق القضاء ، وخطر السلطة القضائية ، بالنسبة لبقية سلطات الدولة .

وإذا تقرر هذا ، فإن الموضوع الذي تعني به هذه المخطوطة ، هو قيام الدولة ممثلة في إحدى سلطاتها ، بمباشرة الدعوى الجنائية دون أن يتوقف ذلك على شكاية أو دعوى من المضرور ،

وذلك أن القضاء الإسلامي في العصور المتقدمة لا يفصل بين سلطتي التحقيق والادعاء ، والمحاكمة ، بل إن القاضي يجمع بين السلطتين في وقت واحد ،

فهو الذي يقوم بمهمة التحقيق الإبتدائي ومهمة التحقيق النهائي ، أي أنه لم يكن هناك فصل بين سلطتي الاتهام والمحاكمة .

وعليه لكي يتحقق ما وعدناك به من المقارنه بين موضوع هذه المخطوطة – محل الدراسة – وبين الأنظمة الإجرائية الجزائية المعاصرة ، فإنه يلزم أن نذكر النظم القانونية المختلفة للإجراءات الجنائية ،

ونتبه قبل البدء في ذلك إلى أننا سنذكرها على سبيل الاختصار لأنها

ليست مرادة لنا بذاتها ، وإنما لبيان موقع موضوع المخطوط منها .

بعد هذا نقول: اتفق فقهاء القانون على أن عدد النظم الأساسية التي يمكن رد أنظمة الإجراءات الجنائية إليها ثلاثة ، وهي :

١- النظام الاتهامي .

٢- نظام التحري والتنقيب .

٣- النظام المختلط [١].

وبعد الإجمال نصير إلى التفصيل مع ملاحظة الأختصار :

النوع الأول : النظام الاتهامي .

ويعد هذا النظام أقدم الأنظمة الإجرائية ظهوراً في المجتمعات ، وهو السائد في القانون الأنجلو أمريكي ، والبلاد التي أخذت عنه .

والأساس الذي يقوم عليه هذا النظام هو أن الدعوى الجزائية مثل الدعوى المدنيه تماماً ، أي أنها لاتختلف الدعوى الجزائية عن الدعو المدنية من حيث الإجراءات ، إذ هي نزاع بين خصمين ندين ، المدعي فيها هو من أضرّت به الجريمة ، في حين يكون المدعي عليه هو المتهم ، والقاضي هنا مجرد حكم يحكم لمن ترجحت أدلته ، ويكون تعيين هذا القاضي باتفاق الخصوم ، وبمقتضى هذا النظام ، فإنه لا يمكن تحريك الدعوة الجنائية إلا إذا ادعى المجني عليه أو وليه بوقوع الجريمة عليه[٢] .

النوع الثاني : نظام التحري والتنقيب .

---

(١) ينظر : شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية . د. كامل السعيد ، ص ٣٥ .

(٢) ينظر : أصول الإجراءات الجنائية . د. محمد سعيد نمور ص ١٨،١٧ ، وشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية د. كامل السعيد ص ٣٦،٣٥ .

وهذا النظام أحدث من النظام الاتهامي ، لكنه قديم أيضاً ، حيث تمتد جذوره إلى العصور القديمة [1].

" والأساس الذي يقوم عليه هذا النظام هو أنه يعتمد على مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى إظهار الحقيقة ، لإقرار سلطة الدولة في العقاب، والمتهم بموجب هذا النظام لا يتمتع بحقوق إجرائية معينة خاصة به ، وإنما هو محل لما يتخذ نحوه من إجراءات ، وهو أي المتهم ، يخضع لسلطة جهة التحقيق دون أن يعطي فرصة للإسهام في جمع الأدلة ، إذ أن الخصومة الجنائية في هذا النظام ليست نزاعاً شخصياً بين المتهم وبين من يمثل الاتهام سواء أكان المجني عليه أو غيره "[2].

وقضي هذا النظام بأن الجريمة لا تلحق ضرراً بالمجني عليه وحده وإنما بالمجتمع أيضاً ، كما يقضي بأن الدولة هي التي تتولى القضاء ، وبناءً عليه فإن القاضي يعد يتم اخياره من قبل أطراف الدعوى ، وإنما يعين من جهة الدولة خلافاً لما هو عليه الأمر بالنسبة للنظام الاتهامي[3] .

النوع الثالث : النظام المختلط

نظارً للإنتقادات التي وجهت إلى كل من النظامين السابقين – النظام الاتهامي ، ونظام التحري – حاولت القوانين الجزائية الحديثة تفادي عيوب النظامين ، فابتدعت نظاماً مختلطاً يجمع بين مزايا كل منهما [4].

---

(1) ينظر : الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية د. محمد صبحي نجم ، ص ٣٤ .

(2) أصول الإجراءات الجزائية .د. محمد سعيد غور ، ص ٢١ ، وينظر : مبادئ ق انون أصول المحاكمات الجزائية الأردني . د. ممدوح خليل البحر ، ص ٢٤ .

(3) ينظر : شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية. د. كامل السعيد ، ص ٣٧،٣٨ ، والوجيز في أصول المحاكمات الجزائية . د. محمد سالم الحلبي ، ص ٩ .

(4) ينظر : الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية . د . محمد صبحي نجم ، ص ٣٧ ، والوجيز في أصول المحاكمات الجزائية د. محمد سالم الحلبي ص ١٢ ،

ويهدف هذا النظام إلى المحافظة على كيان الجماعة ، وذلك بمعاقبة من يثبت إرتكابة للجريمة ، وفي الوقت نفسه يمنح المتهم الضمانات الكافية ليتمكن من الدفاع عن نفسه ، كما يعطي هذا النظام القاضي دوراً إيجابياً حيث لا يتقيد بأدلة معينة يحددها القانون (١).

وتنقسم الإجراءات الجزائية وفق هذا النظام - المختلط - إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة التحريات والتحقيق الإبتدائي ، ويطبق على هذه المرحلة النظام التنقيبي ، وتتخذ الإجراءات فيه في غير علانية .

المرحلة الثانية: مرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) وهذه تطبق عليها مبادئ النظام الاتهامي ، فتتم الإجراءات علانية وبحضور الخصوم (٢).

هذا ولكل نظام من هذه الأنظمة مزاياه وعيوب ، ونحن اثارنا عدم ذكرها ، وفاءً بما وعدنا من التزام الاختصار .

جدير بالذكر أن نظام الإجراءات الجزائية السعودي يأخذ بالنظام المختلط .

إذا تقررما سبق ، فإننا نصل إلى المراد ، وهو ما الأشبه من هذه الأنظمة مع عنوان وموضوع رسالة ابن نجيم - رحمه الله - التي في محل دراستنا؟

إذا رجعنا لرسالة ابن نجيم - رحمه الله - وجدنا أنه جعل عنوانها " رسالة

وأصول الإجراءات الجزائية . محمد سعيد نمور ص ٢٥ ، وشرح قانون أصول المحاكمات د. كامل السعيد ، ص ٤١.

(١) ينظر : أصول الإجراءات الجزائية . د. محم سعيد نمور ، ص ٢٤.

(٢) ينظر : الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية .د. محمد صبحي نجم ، ص ٣٨ ، وأصول الإجراءات الجزائية .د. محم سعيد نمور ، ص ٢٤،٢٥ ، وشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية . د. كامل السعيد ص ٤٠،٤١.

في إقامة القاضي التعزيز على المفسد بلا عوى أحد "

وبهذا يظهر بوضوح أنه يقرر بأن من صلاحية القاضي إقامة الدعوى الجنائية على المتهم ، ون الحاجة إلى تقديم شكاية ، من المضرور ، ومن هنا يتبين أن موضوع السالة يفارق النظام الاتهامي ، لأنه يشترط لإقامة الدعوى الجنائية أن ترفع من المضرور فقط.

وعليه ينحصر الكلام في المقارنة بين الرسالة وبين النظام التنقيبي والنظام المختلط .

هذا وبعد التأمل في خصائص كل من هذين النظامين ، يظهر لي أن موضوع رسالة ابن نجيم أقرب إلى النظام المختلط ، لأن النظام المختلط يعتبر الدعوى الجنائية ملكاً للدولة ، لكنها لا تستأثر وحدها بمهمة الأتهام.

لكن يجب التنبيه إلى أن رسالة بن نجيم تتفق مع ما هو مقرر في النظام القضائي الإسلامي قديماً ، وهو أن القاضي يجمع بين سلطة التحقيق وسلطة المحاكمة ، وهذا بلا ريب يختلف تماماً مع ما هو مقرر في الأنظمة القضائية المعاصرة بخصوص الدعاوي الجنائية ، حيث تفضل هذه الأنظمة بين القائم على سلطة التحقيق الابتدائي والقائم على سلطة التحقيق النهائي ، حيث تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائي ، وتتولى السلطة القضائية سلطة التحقيق النهائي (المحاكمة).

وإذا تقرر أن الأنظمة القضائية المعاصرة تعتبر الدعوى الجنائية ملكاً للدولة ،لأن الدعوى الجنائية تتعلق بح الجماعة وليس المضرور فقط ، كما أنها تمنح المتهم في الوقت نفسه الضمانات الكافية للدفاع عن نفسه ، إذا تقرر هذا ، فإنه يتعين التنبه إلى مسألة مهمة وهي : أن القوانين الجنائية المعاصرة تقرر قيوداً على الدولة في تحريك الدعوى الجنائية . حيث

القانون في حالات معينة على أنه لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوة الجنائية ، ما لم يتقدم المضرر بشكوى (١).

ونظام الإجراءات الجزائية السعودي جعل الحق في الشكوى في الحقوق الخاصة إلى المجني عليه ، أو من ينوب عنه ، أو وارثه من بعده ، ومتى تعدد المجني عليهم جاز تقديم الشكوى من أحدهم (٢).

ما تقدم هو مختصر تضمن مقارنة موضوع المخطوطة بالأنظمة الإجرائية الجزائية المعاصرة بصفة عامة ، أما المسائل التفصيلية ، فإنه يتعزر المقارنة فيها ، لأن ذلك سوف يفضي إلى الخروج عن المقصود الأساس ، وهو جانب التحقيق .

ولكن نؤكد هنا على أن هذه المخطوطة – مع قصرها – إلا أنها اشتملت على مسائل ثرية في الإجراءات الجزائية ، سواءً في مرحلة الاستدلال ، أو مرحلة التحقيق الابتدائي ، أو مرحلة التحقيق النهائي.

(١) ينظر : قيود حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ، إبراهيم طنطاوي ص ٢٤ ، والإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مأمون سلامة ،ص ٩٥ ، وشرح قانون الإجراءات الجنائية ، وفوزيه عبد الستار ، ص ٩٤، والوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، محمد الحلبي ،ص ٩٢.

(٢) تنظر المادة (٨) من نظام الإجراءات الجزائية ، ولائحتها المقترحة .

القسم الثاني

نص المخطوطة

رسالة في إقامة القاضي التعزيز على المفس بلا دعوى أحد

الحمد لله وسلام على عباده الذين أصطفى ، وبعد :

فهذهِ رسالة في إقامة القاضي التعزيز على المفسد من غير توقف على مدع ، حيث رجع إلى أنه من حقوقه تعالى وسماع البينة على ذلك ، فنقول وبالله التوفيق :

ذكر في فتح القدير معزياً إلى فتاوى قاضي خان : التعزيز حق العبد كسائر حقوقه ، ويجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة على الشهادة ، وتجرى فيه اليمين ، يعني إذا أنكر أنه سبه أحد يحلف ويقضي بالنكول .

ولا يخفي على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله تعالى ، فحق العبد لا شك أنه تجري فيه ما ذكر ، وأما ما وجب فيه حقاً لله تعالى ، فقد ذكرنا آنفاً [١] أنه يجب على الإمام ، ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه زجر العاقل قبل ذلك .

ثم يجب أن يفرع عليه أنه يجوز [٢] إثباته بمدع شهد به ، فيكون مدعياً شاهداً [٣] إذا كان معه آخر انتهى ما في فتح القدير [٤] . فقد استفيد منه

(١) وردت في الأصل (إبقاء) والتصويب من ط .
(٢) في ط (أنه لا يجوز إثباته بمدع شهد به)
(٣) وردت في الأصل (مشاهداً) والتصويب في ط .
(٤) فتح القدير (٣٤٦/٥)

سماع البينة بلا دعوى .

ويدخل التعزيز تحت قولهم في تفسير الجرح المقبول في كتاب الشهادات : وهو ما تضمن حقاً (١) لله تعالى أو حقاً للعبد .

والمجرد الذي لاتقبل ولا تسمع البينة عليه هو ما لم يتضمن حقاً لله تعالى ولا للعبد كما في الهداية وغيرها .

فحق الله تعالي أعم من الحدود والتعازيز التي هي من حقوقه تعالى ؛ لأن (٢) المراد بحق الله تعالى كما صرح به الأصوليون ما تعلق نفعه بالعامة .

وذكر في المعراج (٣) في شرح قوله (٤) في الهداية (ولا تسمع الشهادة على جرح مجرد) (٥) : فإن قيل : إنه عليه الصلاة والسلام قال :" اذكروا الفاجر بما (٦) فيه (٧) ".

قلنا : هو محمول على ما إذا كان ضرره يتعدى إلى غيره ، ولا يمكن دفع الضرر إلا بالإعلام . انتهى.

فيدخل حته ما إذا كان ضرره عاماً ؛ كرجل يؤذي بلسانه ويده ، فإذا أعلموا

---

(١) في ط (حق الله) .
(٢) في ط (لا المراد) .
(٣) معراج الدراية للعلامة محمد بن محمد السنجاري الكاكي م ٧٤٩ ه .
(٤) في ط (في شرح له) .
(٥) انظر : الهداية مع شرحها العناية (٤٢٦/٧) .
(٦) في ط (بما هو فيه) .
(٧) رواه البيهقي في الكبرى (٢١٠/١٠) (٢٠٧٠٣) ، والطبراني في المعجم الكبير (٤١٨/١٩) (١٠١٠) ، وأورده العجلوني في كشف الخفاء وقال : رواه ابن أبي الدنيا وابن عدي والطبراني والخطيب عن معاوية بن حيدة . كشف الخفاء (١٠٦/١) ، ونسبه شيخ الإسلام بن تيمية للحسن البصري مجموع الفتاوي (٢١٩/٢٨) ، وذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة وحكم عليه بالوضع (٥٢/٢) .

القاضي بذلك قبل خبرهم إذا [١] كان المخبر عدلاً ، فيزجره [٢] القاضي ويمنعه أشد المنع ، ويعزره بما يليق بحاله .

وفي الظهيرية [٣] " من الكراهية : رجل يصلي [٤] ويضر الناس بيده ولسانه ، فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره " [٥] . انتهى .

فقد استفيد منهما أن إعلام القاضي بذلك يكفي لتعزيزه ، وهو من باب الإخبار فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء [٦] ، فإذا أخبر القاضي بأن فلاناً ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر ، وكان المخبر عدلاً [٧] أرسل القاضي خلفه وعزره .

ولهذا [٨] قال في فتح القدير : إن تعزير أشراف الأشراف (بالأعلام) [٩] وهو أن يقول له القاضي : بلغني أنك تفعل كذا (فيزجره) [١٠] .

وفي التتار خانية : هو أن يقول له القاضي : بلغني أنك تفعل كذا . انتهى . وهكذا ذكر الزيلعي رحمه الله تعالى في شرح الكنز [١١] .

وهذا كالتصريح في أن الإعلام والإخبار للقاضي يكفي لتعزير القاضي من غير توقف على دعوى ، حيث كان من حقوقه تعالى .

---

(١) في ط (حيث كان المخبر عدلاً) .
(٢) في الأصل (فنرجوه) والتصحيح من ط .
(٣) الفتاوى الظهيرية : ظهير الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن عمر البخاري ت (٦٩١) ه .
(٤) في الأصل وفي ط (تقبل) والصواب ما أثبته بعد مراجعة كتب الحنفية التي أحالت إلي الكتاب نفسه . انظر البحر الرائق (١٠١/٧) .
(٥) في الأصل (لنرجوه) والصواب ما أثبته من ط وبعد مراجعة كتب الحنفية التي أحالت على الكتاب نفسه . أنظر البحر الرائق (١٠١/٧) .
(٦) في ط القضاية ، وهو تصحيف .
(٧) في ط (وكان المخبر عنه عدلاً) .
(٨) في ط (وبهذا) والصواب ما في الأصل .
(٩) في الأصل (والأعلام) وهو تصحيف ، والتصويب من ط .
(١٠) في الأصل فيرجوه وهو تصحيف والتصويب من ط .
(١١) تبيين الحقائق (٢٠٨/٣) .

وقد فسره في القنية [1] ، بأن ارتكب منكراً ليس فيه حد مشروع من غير أن يجني على [2] إنسان . فإن قلت يحمل أنه قد تاب من المرتكب [3] .

قلت : قال في القنية : التعزير لا يسقط بالتوبة[4].

فإن قلت : إذا أخبر العدل [5] القاضي أن رجلاً يؤذي المسلمين بشره وفساده وتزويره ، فهل ينفيه عن البد ؟ .

قلت : قال شيخ الإسلام العيني : أنه ينفي ، وبه أفتى عبدالله بن عمر رضي الله عنه ، وأصله حديث " من أكل ثوماً [6] أو بصلاً فلا يقربن مسجدنا هذا " [7] فينفي من أذى الناس بالمسجد بأن [8] يخرج منه ، ومن أذاهم مطلقاً ينفي [9]عن البلد ، ذكره في شرح البخاري من كتاب الصلاة في شرح ذلك الحديث [10] .

ويخل تحت قوله في معراج الدراية : إذا كان ضرره يتعدى إلى غيره [11] ، ولا يمكن دفع الضرر إلا بالإعلام ، ما إذا أخبر القاضي أن زوجة غائب

(1) كتاب : قنية المنية على مذهب ابي حنيفة ، لأبي الرجاء نجم الدين : مختار بن محمود الزاهدي الحنفي ، المعتزلي ، توفي عام : ٦٥٨ ه ، وهو كتاب مشهور عند العلماء بضعف الرواية وعدم اعتباره ، كشف الظنون (١٣٥٧/٢)، رد المحتار (٧٠/١) .

(2) (على) ساقطة من ط .

(3) في ط (فإن قلت يحتمل أن القاضي قد تاب من المرتكب) . والصواب ما في الأصل .

(4) في ط بالتعريف .

(5) في ط العدول .

(6) في ط صوماً .

(7) رواه البخاري (٢٩٢/١) (٨١٧) ومسلم (٣٩٤/١) (٥٦٤) .

(8) في ط (أن)

(9) في ط (فينفي) .

(10) عمدة القاري (١٤٦/٦)

(11) في ط (فلا يمكن) .

تخرج من بيت زوجها وتدخل [١] إلى فلان الأجنبي منها ، قال : إن للقاضي منعها [٢] ويعزرها [٣] على ذلك ؛ لأنه لا يمكن دفع هذا الضرر إلا بذلك ، فإن الزوج غائب .

وقالوا : القاضي نصب ناظر لمصالح المسلمين [٤] خصوصاً الغائبين .

وفي فتح القدير : القاضي [٥] نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والغائب كذلك [٦].

ولا شك أن هذا من أعظم [٧] مصالحهم ، فإذا كان [٨] له حفظ مال الغائب ، فكيف بعياله وحرمه .

فإن قلت : يحتمل أنها ذهبت إليه لقضاء حاجة ، قلت : لا اعتبار بالاحتمال في باب التعزير ؛ لأن القاضي يبني الأمر على الغالب .

قال في القنية : " ولو وجد منه رائحة خمر دون السكر [٩] ، يعزر ، ولو وجد معه آنية فيها خمر ، فحاملها [١٠] يعزر ، والحاصل أن باب التعزير مبني الغالب ، والغالب في الفسقة [١١] يعزرون على الظاهر " انتهى .

---

(١) في ط (وتذهب) .
(٢) في الأصل (منها) والصواب ما أثبته ، حيث ورد في ط (فإن القاضي يمنعها).
(٣) في ط (ويعزرهما).
(٤) كلمة (المسلمين) ساقطة من ط
(٥) كلمة (القاضي) ساقطة من ط
(٦) لم أجده بنصه في فتح القدير ، لكن معناه في أكثر من موضع (١٠/٥٠٧) و (٦/١٤١)
(٧) في ط (من عظيم) .
(٨) في ط (فإن) .
(٩) في ط (ومن وجد معه رائحة الخمر يعزر دون السكر) .
(١٠) في ط (يحملها) .
(١١) في ط (والغالب في مثل هؤلاء المخافة والفسق ، فيعزرون على الظاهر) وقد تكون هي العبارة الأصوب.

فإن قلت : إذا أخبر القاضي بمعصية رجل ، هل له الإرسال خلفه من غير أن يدعي عليه ذا [١] حسبة ، قلت : نعم إذا كان من حقوقه تعالى .

قال في جامع الفصولين [٢] من الفصل الثاني عشر : لو أخبر الحاكم بتكلم رجل في عتق قنه [٣] بكلام لا يصدق في القضاء أنه لم يرد به عتقه أو بإبانة امرأته ، وهو يعرف ذلك الرجل أو لا يعرفه .

قال محمد رحمه الله : لو أخبره به عدلان ينبغي أن يجتهد فيه ويطلبه أشد الطلب حتى ينظر في أمره ، ولو أخبره واحد عدل وأكبر رأيه صدقه ، فالأولى أن يطلبه ، وإن لم يطلبه رجوت أن يكون في سعة ، ولو أخبره من لا يدري صدقة وكذبه ، فليس له طلبه . انتهى . [٤]

وقد استفيد منه أن المخبر على ثلاث مراتب مع أن قوله (أخبر بعتق قنة) شامل للعبد والأمة ، مع أن عند الإمام لابد من دعوى العبد لإثبات عتقه ، ولا تسمع فيه الشهادة بلا دعوى ، بخلاف عتق الجارية .

وفي الواقعات الحسامية : " من القضاء قاض أخبر أن فلانا طلق امرأته ثلاثاً أو استرق الحر ، (إن كان المخبران عدلين) [٥] ينبغي له أن يطلبها [٦] أشد الطلب ؛ لأنه ثبت عند القاضي ما هو منكر بحجة شرعية ، وإن كان المخبر عدلاً واحداً وكان أكبر رأيه أنه صادق ، فالأفضل أن يطلبه وإن لم يطلبه [٧] وسعه ، وإن لم يكن المخبر [١] غير عدل وغلب على ظن

---

(١) في ط (من غير أن يدعي ذو حسبة) .
(٢) ومؤلفه : محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه .
(٣) في ط (رقبة) .
(٤) جامع الفصولين (١٦٩/١) .
(٥) ما أثبته هو من ط وهو الصحيح ، أما الأصل فورد فيها (إن كان المخبر عدلان) وهو تصحيف .
(٦) في ط (يطلبهما) .
(٧) في ط وإن لم يطلبه .

القاضي صدقه ، الأولى أن يطلبه " .

وإذا لم يشهد أحد بطلاق الزوجة وعتق الأمة ، لكن بلغ القاضي ذلك أرسل[٢] القاضي خلفه ، فأنكر ولا بينة ، فهل يحلفه [٣] القاضي ؟.

قال في جامع الفصولين : " لا يحلف عل عتق العبد حسبة بدون الدعوى وفاقاً ، وفي عتق الأمة والطلاق بدون الدعوى ، قيل : لا ، فليتأمل عند الفتوى " [٤] انتهى .

وقد تأملت فترجح الأول لرجاء النكول ، ولذا قدمه في الذكر .

وذكر في الهداية من فصل التعزير [٥] " أن الحبس بمفرده يقع تعزيراً بالتهمة قبل ثبوت الذنب " [٦] انتهى .

فهذا يدل على أن التعزير لا يتوقف على الثبوت إذا كان حقا لله تعالى .

وفي فتاوى قاضي خان : أن من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن تظهر التوبة [٧].

وعن أبي يوسف رحمه الله " إذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج [٨] . انتهى .

فقد استفيد منه أن التعزير يكون بمجرد التهمة وأن من كان ضرره عاماً ؛

---

(١) هكذا وقع في النسختين ، ولعل الصواب ، وإن كان المخبر غير عدل الخ....
(٢) في ط (وارسل) .
(٣) في الصل (فهل يحلف القاضي) والتصويب من ط فهو أبعد عن اللبس .
(٤) جامع الفصولين (١/ ٢٠٤) .
(٥) في ط زيادة (وكتاب الكفالة) .
(٦) الهداية مع شرحها العناية)٥/٣٥٠) .
(٧) كنز الدقائق مع شرحه البحر الرائق (٥/٤٦)
(٨) فتح القدير (٥/٣٥٣) .

كالقتل والسرقة ، يخلد في الحبس ، بخلاف من لم يكن ضرره متعدياً [١] فإنه لا يخلد .

وفي فتح القدير : " يعزر من شهد شرب الشاربين ، والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ، ومن معه ركوة [٢] خمر ، (والمفاخذة في نهار)[٣] رمضان ، يعزر ويحبس [٤].

(والمسلم الذ يبيع الخمر أو يأكل الربا يعز ويحبس) [٥] وكذا المغني والمخنث والناتحة، يعزرون ويحسبون حتى يحدثوا توبة " [٦] انتهى .

ثم قال : " وكذا يسجن [٧] من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة " [٨] انتهى .

فهذا كله دليل على أن التعزير إذا كان حقاً لله تعالى يكفي فيه مجرد الإخبار ولا يتوقف على الدعوى ؛ كالتقبيل والمعانقة والمس والغناء والنوح ، وكذا [٩] الخلوة عند أجنبية ، (والمبيت عند أجنبي سواء كان لها زوج [١٠]ادعى عليه أو لا ؛ لأنه حق الله تعالى ، وكذا تحرم الخلوة بالأجنبية والمبيت عند أجنبي ، وإن رضي زوجها أو محرمها .

---

(١) في الأصل (مقديا) والتصويب من ط .
(٢) في الأصل (ذكوة) والتصويب في ط .
(٣) هذه العبارة من ط، وهي ساقطة من الأصل ، كما أن في الأصل (شهر) بدل نهار .
(٤) كلمة (يحبس) ساقطة من ط .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ط .
(٦) فتح القدير (٣٥٣/٥) .
(٧) في الأصل وط (ويعزر) والتصويب من فتح القدير (٣٥٣/٥) .
(٨) فتح القدير (٥/ ٣٥٣) .
(٩) في ط (فكذا الأجنبية الخلوة بها) .
(١٠) في الأصل (فروج) ولعل الصواب ما أثبته ؛ لمناسبة سياق الكلام ، ويؤكده العبارة الواقعة في ط ، وإن أختلفت بعض الشئ ، حيث ورد فيها (وإن رضي زوجها ومحرمها) .

فإن قيل : هل يجوز التعزير بقتل [١] النفس وأخذ المال ؟.

قلت : قال الزيلعي : رأى رجلاً مع امرأته يزني بها أو مع محرمه ، وهما مطاوعتان ، قتل الرجل والمرأة جميعاً [٢] . انتهى .

قالوا : وهذا التعزير بالقتل .

وأما التعزير بأخذ المال ، فقال في الخلاصة) [٣] سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك [٤] أو الوالي جائز ، ومن جملة ذلك (رجل) [٥] لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال " [٦] انتهى .

وهل يتوهم أحد أن التعزير بترك الجماعة موقوف على الدعوى والثبوت ، وإنما هو بالإعلام إلى القاضي .

وفي الظهيرية : رجل يظهر [٧] الفسق في داره أن يتقدم إليه [٨] ؛ لأن الأمر [٩] بالمعروف واجب " انتهى .

وفيها أيضاً : " سئل [١٠] محمد رحمه الله عن الرجل يوجد في بيته الخمر وهو فاسق ،أو يوجد القوم مجتمعون [١١] عليها ولم يراهم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها ، هل يعزرون ؟ قال : نعم ؛ لأن

---

(١) في الأصل (تقبل) ولعل الصواب ما أثبته ، ولمناسبة سياق الكلام .
(٢) كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق (٣/ ٢٠٨) .
(٣) ما بين القوسين لا يوجد في ط ، وإنما فيها (وإن رضي زوجها ومحرمها ، وفي الخلاصة سمعت . الخ) .
(٤) في ط أن بدل أو .
(٥) كلمة رجل ساقطة من الأصل ، وتمت أضافتها من ط . ولا تستقيم العبارة بدونها .
(٦) كنز الدقائق مع شرحه البحر الرائق (٥/ ٤٤) .
(٧) في ط (أظهر) .
(٨) في ط(انة ينغى) .
(٩) في ط (أمر) إذا سقط منه الألف واللام .
(١٠) في ط (وسئل) .
(١١) في ط (يجتمعون) .

الظاهر أن الفاسق يعد الخمر للشراب ، وأن القوم يجتمعون عليها لإرادة الشرب ، ولكن بمجرد الظاهر لا يتقرر السبب على وجه لا شبهة فيه ، فلا يمكن إقامة الحد عليهم ، والتعزير مما يثبت بالشبهات ، فلذلك [1] يعزرون " [2][3].

فإن قلت : هل يعزر العبد أو يحد في غيبة مولاه ؟

قلت : أما الحد ، فقال في الظهيرية : ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره ؛ مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائباً ، وكذا القطع والقصاص ؛ لأن الوجوب عليه باعتبار [4] النفسية " [5].

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى [6] يفرقان بين حجة البينة وحجة الإقرار باعتبار أن للموالي حق الطعن في البينة دون الإقرار [7] . انتهى .

وفي فتاوى قاضي خان " لو اعى علي عبد محجور (استهلاكاً) [8] ليس له أن يذهب به إلى القاضي إلا بإذن سيده ؛ لأنه يشغله عن خدمة مولاه ، وإن وجده في مجلس القاضي (حلفه) [9]"

فإن قلت : ما الأفضل إعلام القاضي بفعل العاصي أو يستره ؟ [10]

قلت : إذا كان يتكرر منه الفعل [11] وصار منهمكاً [1] به ، فالأفضل رفعه

---

(1) في ط (فلذا) .
(2) المبسوط (٢٧/ ٣٧)
(3) في ط (انتهى)
(4) في ط (باعتماد)
(5) انظر : المبسوط (٩/ ١٠٠)
(6) (رحمهما الله تعالى) ساقطة من ط .
(7) انظر : كنز الدقائق مع شرحه البحر الرائق (٥/ ٧) .
(8) في الأصل (اشتهلاكا) بالشين
(9) في الأصل (خلفه) بالخاء والتصويب من ط .
(10) في ط (المعاصي) والصواب ما في الأصل .
(11) في ط (إذا كان المعاصي تكرر منه الفعل) .

إلى القاضي ؛ زجراً له ، وإخلاء العالم من الفساد ، وأما من عصى مرة أو مرات ، وكان مسراً [٢](متخوفاً) [٣] متندماً عليه ، فالأفضل ستره ، وكذا في فتح القدير من كتاب الحدود [٤].

وفي معراج الدراية : " لو شهدوا عند الإمام أنه قبل أجنبية أو لمسها ، فإنه يعزره على قدر [٥] ما رآه . انتهى .

فإن قلت : هل للقاضي إخراج العاصي من داره ؟

قلت : قال البزازية : وتقدم الإعذار [٦] على مظهر [٧] الفسق بداره [٨] فإن كف فيها وإلا حبسه الإمام ، أو أدبه أسواطاً [٩] ، وأزعجه [١٠] عن داره إذ[١١] الكل يصلح تعزيراً [١٢] .

وعن عمر رضي الله عنه أنه : أحرق بيت الخمار [١٣] .

وعن الصفار الزاهد : الأمر بتخريب دار الفاسق [١٤] .

وفي العيون وفتاوى النسفي : " أنه (يكسر) [١٥] دنان الخمر [١] ولا

---

(١) في الأصل داخلا والصواب ما أثبته حسب ما في ط .
(٢) في الأصل (مفتراً) والتصويب من ط .
(٣) (متخوفاً) غير موجودة في الأصل ، وتمت إضافتها من ط .
(٤) فتح القدير (١٠/ ٢٧) .
(٥) في الأصل (عذر) والصواب ما أثبته ؛ لمناسبته سياق الكلام .
(٦) في ط (الأعزار) .
(٧) في ط (مقدم) .
(٨) في الأصل وكذا ط (وداره) ولعل الصواب ما أثبته .
(٩) في ط (أو سوطه)
(١٠) أزعجه أي : أزالة من مكانه وأخرجه . لسان العرب (٤/ ٣٥٣) .
(١١) في ط (إن) .
(١٢) رد المحتار (٤/٦٥) .
(١٣) رواه عبد الرزاق (٣/ ٢٠٤ / ١) وابو عبيدة في " الأموال " (١/ ١٨٣) عن ابن عمر، وسنده صحيح ، انظر : تحذير الساجد للألباني (٤١/ ٤٢) .
(١٤) انظر : رد المحتار (٤ / ٦٥)
(١٥) في الأصل (يكد) والتصويب من ط .

يضمن الكاسر ولا يكتفي بإلقاء الملح " (٢) .انتهى .

وفيها من الحدود : الزاني إذا حد لا يحبس ، والسارق إذا حد يحبس ؛ لأن الزنا جناية على نفسه ، والسرقة جناية على مال الغير ، فجاز الحبس . انتهى .

وفيها أيضاً : قبل امراة حرة (٣) أو أمة أجنبية أو عانق أو مس بشهوة أو جامع لا في الفرج ، يعزر الفاعل والمفعول ن كان (٤) عاقلاً بالغاً مطاوعاً ، وإن صغيرة أو صغيراً (٥) لا شئ عليهما . (٦)

وفيها أيضاً (٧) : ويجوز للحاكم التعزير بالشتم ؛ لأنه صالح .

فإن قلت : هل يجوز (الهجوم) (٨) على الفاسق في بيته ؟

قلت : قال في البزازية : " ذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا : أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره ، حتى لا بأس بالهجوم (٩) عل بيت المفسدين ، وقيل : يراق العصير أيضاً على من اعتاد الفسق وانواع الفساد فى داره.

" وهجم عمر – رضي الله عنه – على نائحة بالمدينة وضربها حتى سقط خمارها ، فقيل له في ذلك (١٠) فقال : لا حرمة لها (١١) بعد اشتغالها

---

(١) في ط (الخمار) .
(٢) انظر : رد المحتار (٤/ ٦٥) .
(٣) في ط (المرأة الحرة) .
(٤) كلمة (كان) ساقطة من ط .
(٥) في ط (وإن صغيراً أو صغيرة) .
(٦) في ط زيادة (انتهى) .
(٧) كلمة (أيضاً) غير موجودة في ط .
(٨) في الأصل (النجوم) والتصويب من ط .
(٩) في الأصل (النجوم) والتصويب من ط .
(١٠) في ط (فيه)
(١١) في ط (فقال لها لا حرمة) والصواب ما في الأصل .

بالمحرم والتحقت بالإماء "[1]

ويروى أن الفقيه أبا بكر البلخي [2] – رحمه الله – [3] : خرج إلى الرستاق يوماً [4] ، وكانت النساء على شاطئ النهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له : كيف فعلت هذا ؟ فقال : لا حرمة لهن ، وإنما أشك في إيمانهن كلهن حربيات [5][6] .

فإن قلت : هل لغير الحاكم التعزير ؟

قلت : قال في البزازية : " إن حال [7] ارتكاب الفاحشة يجوز لكل أحد ، وبعد الفراغ لا يقيمه إلا الإمام ، وعلى هذا لو رأى مسلماً يزني ، حل [8] له قتله ، وإنما يمتنع ؛ لأنه لا يصدق " [9] .

وفي الخيانة من كتاب الدعوة من مسائل اليمين : " لا يختص الإمام بإقامة التعزير ، فإن الزوج يؤدب المرأة ، والمولى يؤدب العبد ، ولو رآه إنسان [10] يفعل ذلك كان له أن ينهاه ويمنعه ويؤدبه ويضربه إن كان لا يرضى بالمنع باللسان ، فيجري فيه اليمين – ذكره بعد الدعوى بالشتم [11][12].

---

(1) انظر : رد المحتار (٤/ ٦٤) ، والأثر أورده عبد الرزاق في مصنفه (٣/ ٥٥٧) (٦٦٨١) .
(2) في الأصل (أبو بكر) والتصويب من ط .
(3) كلمة (رحمه الله) ليست موجودة في ط .
(4) كلمة (يوما) غير موجودة في ط .
(5) في ط زيادة (انتهى)
(6) انظر : تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٨) ونحن لا نسلم له بأن هذا الفعل منهن يفضي إلى الشك في إيمانهم أو يجعلهن حربيات .
(7) في ط (إن جاز) والصواب في الأصل .
(8) في ط (فيحل) .
(9) انظر : البحر الرائق (٥/ ٤٥) .
(10) في الأصل (إنساناً) والتصويب من ط .
(11) كلمة (الشتم) غير موجودة في ط .
(12) انظر : تبيين الحقائق (٣/ ٢١٠) .

فإن قلت : هل يشرع الهجوم على شخص طلبه القاضي لسماع الدعوى ، فاختفى [1] في بيته ؟.

قلت : قال في البزازية من كتاب القضاء : " لم يجوزوا [2] الهجوم على بيته ، ووسع [3] في ذلك بعض أصحابنا ، وفعل ذلك عند قضائه [4] .

وصورته : قال الخصم : أنه يتوارى ، وطلب الهجوم بعث اثنين معه من [5] أعوانه ونساء ، يقوم [6] الأعوان من جانب السكة والسطح ، وتدخل النساء حرمه ، ثم أعوان القاضي ، فيفتشون الغرف وتحت السرر ، فالفاروق رضي الله عنه هجم (على) [7] بيت نائحة بالمدينه (وأخرجها وعلاها بالدرة حتى سقط خمارها) [8] كما تقدم وعلى هذا قالوا : إذا سمع صوت فساد في منزل إنسان هجم عليه ، وعامة أصحابنا لم يجوزوا الهجوم (عليه) [9] انتهى[10] .

فق استفيد منه أن مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه هجم بمجرد الإخبار ، فهل يقال فيه : إنه بعد دعوى ،

واستفيد منه أن الحاكم إذا سمع الغناء في بيت إنسان أن يهجم [11] عليه .

وأما قوله : وعامة أصحابنا لم يجوزوا الهجوم إنما هو راجع إلى الخصم

---

(1) في ط (واختفى).
(2) في ط (ولم يجوزوا) .
(3) في ط (ووضع) .
(4) انظر : البحر الرائق الحقائق (٦/ ٣٠٣) .
(5) كلمة (من) ساقطة من ط .
(6) في ط (فيقوم) .
(7) كلمة (على) ساقطة من الأصل ، والتصويب من ط .
(8) ما بين القوسين لإضافة من ط ، وليست في الأصل .
(9) ما بين القوسين غضافة من ط ، وليست في الأصل .
(10) انظر رد المحتار (٦/ ٦٥) .
(11) في ط (هجم عليه) .

إذا أخفى في بيته ، لا إلى المفسد ، فإنه لا خلاف فيه .

وفي فتاوى قاضي خان : المشهور من قول أبي حنيفة رضي الله عنه [1] أنه لا ينصب عنه وكيلاً ، ولكن يهجم عليه ، وهذا استحسان [2] فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصالحون بعده ، فترك القياس .

وفي الذخيرة من كتاب الحظر والإباحة : " أن المرأة إذا تزوجت بزوج ، ولها زوج غائب ، فشهد الشهود على ذلك ولم يدع طلاقاً ، فعند [3] أبي يوسف : إن كان الأول معروفاً (يفرق بينهما حتى يقدم الغائب وإن لم يكن معروفاً) [4] لا يفرق .

وفي المنتقى : امرأة ادعت أن زوجها طلقها ، وقد غاب عنها [5] ، فالمسألة على وجهين :-

إن [6] كان القاضي يعرف أنها امرأة رجل يعرفه ، منعها من النكاح ، وإن كان لا يعرفه ، وإنما قامت عليه بذلك بينة عنده [7] ، فالقاضي لا يتعرض له [8] . انتهى وهذا في الخلاصة والبزازية [9][10].

وبهذا علم أن للقاضي ضبط زوجة الغائب ، ومنعها من نكاح الغير [11] بشرطه ، مع أن الثاني تعلق حقه بها ومع ذلك يفرق بينهما لأجل الغائب ،

(1) كلمة (رضي الله عنه) غير موجودة في ط .
(2) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ١٢٥) .
(3) في ط (عن) .
(4) ما بين القوسين من ط ، وهو ساقط من الأصل .
(5) في ط (زوجها) .
(6) في ط(الأول) .
(7) كلمة (عنده) ساقطة من ط .
(8) في ط (لهما) ولعله الصواب .
(9) عبارة (وهكذا في الخلاصة والبزازية) ساقطة من ط .
(10) انظر : البحر الرائق (٦٣/٦)
(11) في ط (ومنعها من النكاح للغير) .

فكيف بامرأة تقر بأنها منكوحة غائب ، ومع ذلك تذهب إلى بيت رجل أجنبي تبيت عنده .

وفيها أيضاً من كتاب الحدود قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله [١] : لص معروف [٢] بالسرقة ، وجده رجل يذهب في حوائجه غير مشغول بالسرقة ، ليس له أن يقتله ، وله أن يأخذه ويأتي به إلى الإمام ، فيحسبه [٣] حتى يتوب ؛ لأن الحبس زجراً [٤] إلى أن يتوب ، مشروع [٥] انتهى .

وهذا يفيد حبس العاصي [٦] المعروف به ، وإن لم يكن مشغولاً به الآن إلى أن تهر توبته .

فإن قلت : هل للقاضي أن يعزر بعلمه من غير إخبار أحد ؟

قلت : نعم ، قال في الخلاصة : " وفي الحدود التي هي حق الله تعالى ؛ كحد الزنا وشرب الخمر لا يقضى بعلمه إلا إذا أتى بالسكران ، فإنه يعزره [٧] انتهى [٨] وفي البزازية من كتاب الإجارة : أظهر المستأجر أنواع الفسق في الدار المستأجرة حتى السحر لا يخرجه المؤجر [٩] من الدار ولا الجيران ، ولكن يمنع أشد المنع ، فإن أعلن وسمع الصياح من داره ، فقد [١٠]

---

(١) كلمة (رحمه الله) غير موجودة في ط .
(٢) في ط (معروفاً) والصواب ما في الأصل .
(٣) في ط (ليحسبه) .
(٤) في ط (للزجر) .
(٥) انظر : فتح القدير (٥/ ٣٦٣) .
(٦) في الأصل (القاضي) وكذا أيضا في ط ، ولكن المعنى لا يستقيم بذلك ولعل الصواب ما أثبته .
(٧) انظر : البحر الرائق (٦/ ٢٣٤) ، رد المحتار (٥/ ٤٣٩) .
(٨) عبارة (فإن قلت : هل للقاضي أن يعزر بعلمه .. إلى قوله انتهى) ساقطة من ط .
(٩) في الأصل (الزاجر) والصواب ما أثبته لمناسبته سياق الكلام . انظر : رد المحتار (٦/ ٨١) .
(١٠) في ط (فقط) وهو تحريف .

اسقط حرمة نفسه ، فيجوز الدخول بلا إذن للتأديب (١) . انتهى (٢)

وذكر الطرسوسي رحمه الله : أن المراد بالتوبة في كلامهم ظهور أمارتها (٣) إذ لا وقوف لنا عليها ولا على (٤) حقيقها ، ولا ينبغي القول : بحبسه ستة أشهر ؛ لأن التعزير بالمدة لا يحصل به الغرض ، إذ قد يحصل فيها التوبة ، وقد لا يحصل (٥) ولاتظهر أمارات الحصول ، وأيضاً التعزير بالمدة سماعي لا دخل للرأي فيه (٦) .واعترض (٧) ابن وهبان رحمه الله (٨) بأن قوله : لا وقوف لنا على حقيقة التوبة ، فيه نظر ، فإن حقيقتها ترك الذنب على أحدِ الوجوه ، وهى أبلغ ضروب الاعتذار ، وهي ثلاثة : إذ (٩) يقول لم أفعل ، أو فعلت لأجل كذا ، أو فعلت (١٠) أو أسأت وقد أقلعت ، ولا رابع لذلك ، وهذا الأخير هو التوبة (١١).

والتوبة في الشرع : ترك الذنب لقبحه والندم على ما فرط منه ، والعزم على ترك المعاودة ، وتدارك ما أمكنه أن يتداركه من الأعمال . انتهى .

وتعقبه العلامة عبد البر ابن الشحنه بأن الطرسوسي لم يرد بقوله : لا وقوف لنا على حقيقتها معناها شرعاً ، إنما أراد حقيقة (وجودها) (١٢).

---

(١) انظر: المبسوط (١٥/ ١٣٥) ، رد المحتار (٦/ ٨١) .
(٢) كلمة (انتهى) غير موجودة في ط .
(٣) في ط (أمارتها) .
(٤) في الأصل (يميل) والصواب ما أثبته ، لمناسبة سياق الكلام ، أما ط ففيها (لا وقوف لنا على حقيقتها) وهي عبارة مستقيمة .
(٥) في ط (لا تحصل) .
(٦) انظر : البحر الرائق ([illegible])
(٧) في ط (واعتراضه) .
(٨) كلمة (رحمه الله) ليست في ط .
(٩) في ط (أن) .
(١٠) في ط (وأفعل) .
(١١) انظر : البحر الرائق (٥/ ٤٦) .
(١٢) كلمة (وجودها) أضفتها من ط وهي ساقطة من الأصل ولا يستقيم المعنى بدونها

والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المؤلف رحمه الله [١] هذا ما تيسر جمعه في نصف يوم الأحد تاسع شهر شوال سنة ثمان وستين وتسعمائة (بحول الله وقوته ولا حول ولا قوة إلا بالله العظيم غفر الله لمؤلفها وقارئها وكاتبها وجميع المسلمين آمين) [٢].

(١) عبارة (قال المؤلف رحمه الله) ساقطة من ط .
(٢) ما بين القوسين ليست موجودة في الأصل وإنما أضفتها من ط .

فهرس المصادر والمراجع

١- أصول الإجراءات الجزائية د. محمد سعيد نمور – دار الثقافة – الأردن – الطبعة الأولى – ٢٠٠٥م .

٢- الأعلام ، خير الدين الزركلب ، بيروت : دار العلم للملايين .

٣- الأموال – لأبي عبيد – القاسم بن سلام – تحقيق : سيد رجب – مصر – دار الهدى النبوي – السعودية – دار الفضيلة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨ه .

٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم) دار الكتاب الإسلامي .

٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، دار الكتاب الإسلامي .

٧- تحذير الساجد من اتخاذ القبور مساجد ، محمد ناصر الدين الألباني، بيروت – المكتب الإسلامي – الطبعة الرابعة ، ١٤٠٣ ه.

٨- التعليقات السنية ، لأبي الحسنات اللكنوي – مطبوع يزيل الفوائد البهية في تراجم الحنفية – الطبعة الأولى – سنة ١٣٢٤ ه – دار السعادة ، مصر .

٩- جامع الفصولين محمود بن إسرائيل (ابن قاضي سماوه) المطبعة الأزهرية ، الطبعة الأولى ، عام ١٣٠٠ ه .

١٠- رد المختار على الدر المختار ، تأليف : محمد أمين عمر المشهور ب(ابن عابدين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

١١- السنن الكبرى ، أحمد بن حسين بن علي البيهقي ، مكة المكرمة ، دار الباز ، ١٤١٤هـ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا .
١٢- سلسلة الأحاديث الضعيفة ، ناصر الدين الألباني ، الطبعة الخامسة ، ١٤١٢ هـ ، مكتبة المعارف ، الرياض .
١٣- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، فوزية عبد الستار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٦ هـ .
١٤- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، د. كامل السعيد ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠٥م .
١٥- صحيح البخاري ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق : مصطفى البغا ، بيروت ، دار ابن كثير ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ هـ .
١٦- صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ، دار إحياء التراث ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت .
١٧- عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، بدر الدين : محمود بن أحمد العيني ، مكة المكرمة : دار الباز .
١٨- العناية شرح الهداية ، محمد بن محمود البابرتي ، بيروت : دار الفكر
١٩- فتح القدير (شرح الهداية) محمد بن عبد الواحد الإسكندري (ابن الهمام) ، بيروت دار الفكر .
٢٠- قيود حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ، إبراهيم طنطاوي ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م .

٢١- كشف الخفاء ، إسماعيل بن محمد العجلوني ، مكة المكرمة ، مكتبة عباس الباز ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٨ هـ.

٢٢- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، تأليف حاجي خليفة ، الناشر : دار إحياء التراث العربي .

٢٣- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور ، بيروت ، دار صادر ، الطبعة الأولى .

٢٤- مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، د.ممدوح خليل البحر ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م .

٢٥- المبسوط ، محمد ب ، أحمد السرخسي ، بيروت دار المعرفة .

٢٦- مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف ، ١٤١٥هـ .

٢٧- مصنف ، عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، حقيق : حبيب الأعظمي ، بيروت ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ

٢٨- المعجم الكبير ، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ، الموصل ، مكتبة العلوم والحكم ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ ، تحقيق : حمدي السلفي .

٢٩- معجم المطبوعات العربية والمعربة ، جمعة ورتبه يوسف اليان سركيس ، مطبعة سركيس بمصر ١٤٤٦هـ .

٣٠- نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٠٠) وتاريخ ١٤٢٢/٧/١٤ هـ .

٣١- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ، تـأليف : إسماعيل باشا البغدادي ن طبع بعناية وكالة المعارف ، اسطنبول سنة ١٩٥١م ، وأعادت طبعه : دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٣٢- الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية ، د. محمد بن علـى الحلبي ، دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥م

٣٣- الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية ، د. محمد صبحي نجم ، دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦م

٣٤- الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية ، محمد علي الحلبي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ١٩٩٦م .